This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 204 632

BRINZ

Rechtswissenschaft und
Rechtsgesetzgebung
1877

HARVARD
LAW
LIBRARY

GER
906
BRI

Digitized by Google

Digitized by Google

GERMANY
357

Rechtswissenschaft und Rechtsgesetzgebung.

Rede

des

Professors Dr. v. Brinz,

gehalten zur Feier des Stiftungsfestes der Universität München
am 26 Juni 1877.

Besonderer Abdruck aus der „Allgem. Zeitung" Nr. 210 und 211.

Augsburg.
Buchdruckerei der J. G. Cotta'schen Buchhandlung.
1877.

Digitized by Google

Rec. Mar. 10, 1904.

Digitized by Google

Schien es geziemend, am Stiftungstage der Universität einen Blick in deren Vergangenheit zu werfen, und etwa daran eine der Gegenwart entsprechende Betrachtung zu knüpfen, so lag dem Rector des Jahres ein Vorgang nahe der die Juristenfacultät, und in dieser zunächst die Romanisten, anging. Derselbe ist in der zum 400jährigen Jubiläum verfaßten Geschichte der Universität beschrieben, und wird von mir nur auf einigen Punkten ausführlicher oder unmittelbarer, mit den Worten der Quellen selbst in folgendem mitgetheilt.

Unter dem 3 Juni 1758 befiehlt der Kurfürst Maximilian Joseph in eigenhändig gezeichnetem Erlasse, erwägend daß der neue (Kreittmayr'sche) Codex juris patrii seines großen Umfangs wegen in einem einzigen Schuljahr ohnehin nicht wohl trabirt werden könne, die Abtheilung der betreffenden Lehrkanzel, Aufnahme eines zweiten Professor juris patrii, Aufstellung eines zweiten Jahrescurses für das jus patrium, i. e. bavaricum, Einschränkung des Civilrechtsstudiums auf das Studium des Codex juris bavarici civilis und sodann auch Einschränkung des gewöhnlichen tentamen pro gradu auf den Codex juris patrii nebst dem jure publico und canonico. Bezüglich des römischen Rechtes lautet, anknüpfend an die obenerwähnte Neuerung, der Erlaß buchstäblich: daß „unsere Landtskinder solcheweis ihren cursum studii juris civilis privati zu beschließen, mit denen institutis und pandectis hingegen sich um so minder mehr aufziehen zu lassen haben, als dasjenige was noch daran brauchbar, und auf unseren Statum applicabl ist, dem neuen codici auf eine weit ordentlich-vollständig- und begreiflichere weis allschon einverleibt worden."

Von dem ersten Eindruck den dieser Erlaß auf die Juristenfacultät machte, sind wir nicht unmittelbar unterrichtet. Ich bin namentlich nicht im Stande zu sagen ob zwischen dem 3 Juni, d. i. dem Datum des Erlasses, und dem 26 Juni irgendeine Meinungsäußerung oder Willenserklärung seitens der Facultät als solcher überhaupt erfolgt sei. Allein bereits von dem 26 Juni desselben Jahres, also 3 Wochen nach dem ersten, datirt ein zweiter kurfürstlicher Erlaß, in welchem, zu dem Ende daß der Professor institutionum und der der Pandekten „sich wegen Entganges an denen Collegiengeltern destoweniger zu beschweren ursach habe," das jus patrium auf 4 Katheder vertheilt, und so denn je eine Quart auf den beiden Professoren der Institutionen und Pandekten zugewendet wird. Die Lehrstühle der Institutionen und Pandekten sollen den letzteren „annebens zum Behuf der ausländern wie bishero also noch ferner verbleiben;" für die „Landtskinder" dagegen bleibt es der Hauptsache nach bei dem ersten Erlaß, also dabei daß „der Cursus studii juridici inner zwey Jahren von ihnen absolvirt" und ihnen „nebst dem jure publico und canonico hinfüro und mit anfang nechstkommenden Schuljahrs nur der Codex juris

Digitized by Google

patrii allein tradirt werden möge." Und hieraus ist man nun allerdings versucht zu schließen daß der Einwand der von der Facultät oder, vielleicht nur aus der Facultät, gegen den ersten Erlaß erhoben wurde, von mehr nationalökonomischem, auf das Collegiengeld abzielendem, als von juristisch-romanistischem Gesichtspunkt erhoben worden sei. So zunächst die Facultät. Was aber die Landeskinder anbelangt, so scheint man auf eine tiefer gehende Bewegung bei ihnen vollends nicht gezählt zu haben. Vielmehr setzt der Erlaß voraus daß sie sich durch das jus patrium civilistisch vollkommen gesättiget fühlen und in Ansehung der instituta und Pandekten den Ausländern neidlos das Feld räumen würden.

Indessen jedenfalls gegen diesen zweiten Erlaß nahm die Facultät Stellung, und zwar eine andere als wir aus dem Inhalt desselben vermuthen sollten. In unserem Archiv liegt das Concept eines Berichtes zum kurfürstlichen geheimen Rath, der — vom 31 July 1758 datirt, und unter dem 21 August dess. Jahres expedirt — in einer unverkennbar von Ickstatts Hand herrührenden Marginalbemerkung als „Remonstration" bezeichnet wird, und in der That zu der Schlußbitte gelangt: „daß das auf Dero Universitaet einstweilen so berühmte Studium juris in seinem Flor erhalten, und die Facultaet in dem dermaligen Stand und Einrichtung belassen werden möchte."

Ergeht sich gleich auch diese Remonstration in, so zu sagen, praktischen Erwägungen, wie z. B. der: „daß („wegen Abgang der Mittlen") die wenigsten auditores im stand seyn werden, sich die codices jurium bavaricorum ... beyzuschaffen" — oder der: „daß selbe sonderlich das erst und andere Jahr die arbeith gewaltig scheuchen und also nur mit einigen kleineren Theilen des juris civilis zu dem ordentlichen studio praepariret werden mußten," während sie nach der neuen Ordnung im ersten und anderen Jahr das ganze Jus absolviren sollten — nicht minder der: „daß denen Lands-Kindern in defectu Studii juris communis alle Hoffnung in auswärtige Bedienstungen gelangen zu können, benommen sein," es auch bald an Räthen und Beamten gebrechen würde, welche die „Churfürstlichen höchsten Landes jura in conformitate juris communis et praxis sattsam zu besorgen" vermöchten — voran steht doch das Bedenken „daß die Landeskinder, falls selbe von dem Studio juris civilis gänzlich befreuet seyn sollen, dadurch Anlaß nemmen werden, die Rechtsgelehrsamkeit ganz und gar zu negligiren."

Auf diese Remonstration ging nun aber der Kurfürst mit nichten ein. Kreittmayr fand, wie unser Geschichtschreiber vermuthet, mehr Gehör als Ickstatt. Schon unter dem 1 September 1858 erfolgt ein Bescheid, in welchem die Facultät nicht nur ab-, sondern auch zurecht gewiesen wird. Namentlich Anfang und Ende des, man muß sagen, von gesunder Luft durchwehten Actenstückes lassen derselben ihre Unterordnung unter höhere Einsicht fühlen. Einläßlich ergeht sich dasselbe gegen die praktischen und gegen die scientifischen Einwürfe der Remonstration. In ersterer Richtung heißt es z. B.: „Auditores, welche sich den codicem juris aus abgang der mittln oder anderm ursachen nicht beyschaffen können oder wollen, müssen entweder auf das Studium juridicum völlig oder wenigist auf landsdienst renuncieren, weil man sich von ihnen nicht viel bessere hoffnung zu machen hat, als von handwerksleuten, welchen es am werkzeug fehlt. Manche gute ingenia bleiben zwar aus Mangl der mittln zuruck, welches aber dem publico nicht viel macht, weil solches auch

Digitized by Google

in anderen künsten und professionen mit guten ingeniis versehen sein will, und demselben oft mehr mit geschickten handwerks- oder bürgersleuten als mit juristen und studenten gedient ist." Bedeutsamer aber nicht nur für die Juristenfacultät, sondern für das Wesen der Universitätsstudien überhaupt war was der Furcht vor dem Rückgang der Rechtsgelehrsamkeit entgegengesetzt wurde. „Von der churfürstlichen . . . Intention," heißt es, „ist weit entfernt, daß die Landskinder das Studium juris civilis hindansetzen oder vernachläßigen sollen; die allmögliche beförd- und erleichterung dieses wichtigen studii ist vielmehr die hauptabsicht gewest, wornach sich in Verfertigung des neuen codicis patrii gerichtet worden," wie denn „bemeldter codex, welcher den Landskindern nicht nur pro lege sondern auch zum schulbuch dienen soll, alles was ad jus civile gehört, substantialiter in sich faßt. Facultas juridica soll nur ein einziges Buch benennen, worin das jus civile modernum so kurtz, deutlich, vollständig und ordentlich beysamm anzutreffen ist, wie in mehr erwähntem codice . . . . Nichts kann unordentlicher sein als die compendia juris civilis, welche man jungen Leuten vorzulesen pflegt, denn sie gehen lediglich secundum ordinem institutionum et pandectarum, sohin nullo vel exiguo ordine, enthalten wenig brauchbare gute materialia, hingegen nur desto mehr unnützliche quaestiones und meistentheils in römischen rechtssubtilitäten bestehende dubia. . . . Das reel und wirkliche von der rechtsgelehrsamkeit ist eben auch das nöthigist und begreiflichste, folglich das leichtist und allererste, was man einem candidato juris vorzüglich beizubringen und ihnen dadurch gleich anfangs einen guten geschmack von derjenigen Disciplin zu geben hat, welche die meisten nur darum so wenig goutiren wollen, weil man ihnen durch allerhand scholastische und von der wahren realität so weit entfernte spitzfindigkeiten die erste handgrif so sauer macht."

Den ferneren Verlauf dieses Vorganges, wie z. B. nach zehn Jahren ein erweiterter Studienplan festgesetzt, aber die Landeskinder in ihrem Privileg, sich mit weniger zu begnügen, erhalten wurden, gegen Ende des Jahrhunderts unter der eben angetretenen Regierung des damaligen Kurfürsten Maximilian Joseph III und nachmaligen Königs Maximilian Joseph I aber eine Studienordnung erschien, von welcher umgekehrt nur die Ausländer befreit sein sollten, und die namentlich für die Juristenfacultät die Grundzüge unseres heutigen Studiengangs enthält — sowie die Thatsache daß wir zur Zeit keine Vorlesungen über das bayerische Landrecht, geschweige über den codex Max. civilis mehr haben, während es noch unlängst der Fall war — dieß alles will hier nicht weiter verfolgt werden. Denn jener Vorgang selbst fordert uns nunmehr zu einigen, ich hoffe, weder unpassenden noch überflüssigen Betrachtungen auf.

Fürs erste nämlich erscheint mir derselbe als eine Illustration zu dem was eine Juristen-Facultät, wenigstens nach derjenigen Ansicht die ich in meiner Rectoratsantrittsrede vertreten zu müssen geglaubt habe, nicht sein soll. Hätte dieselbe nämlich keine andere Bestimmung als Vorschule für die Praxis zu sein, dann könnte man zwar noch immer zweifeln ob sie ihren Zweck am besten erreichte wenn sie das Studium auf ein größtmögliches Minimum reducirte; allein da die Praxis sprichwörtlich verschiedenartig ist, könnte sich wenigstens für eine Art von Praxis ein Katechismus der, um so klarer sein könnte, je kürzer er wäre, immerhin empfehlen. Sollen die Juristen-Facultäten aber das Recht nicht bloß um der Praxis willen, sondern an sich, als ein

Digitized by Google

Stück Welt, lehren und lernen und dadurch ihre Stellung in der Wissenschaftscorporation, die da Universität heißt, verdienen und wahren, dann durften sie sich weder damals, noch dürfen sie sich heute und vielleicht niemals vom Corpus Juris als einem Buche lossagen in welchem zwar nicht das Recht überhaupt, oder das absolute Recht, wie man auch schon gemeint hat, wohl aber ein hochcultivirtes Recht, und in welchem es nach allen möglichen Erscheinungsformen, in der historischen Bewegung fast eines Jahrtausends und in großentheils classischer Fassung, niedergelegt ist. Denn entgegen dem Gelächter das ein großer Philologe aufschlug, als man ihm mit der Classicität der römischen Juristen daher kam, sagt jetzt Studemund: „Wunderlicherweise haben unsere Philologen, als ob sie von der Literatur des römischen Rechts nichts wissen oder nur ungern zu demselben abbiegen, dessen ganze Sprache völlig vernachlässigt, obwohl in derselben nur weniges nicht rein oder, so zu sagen, leuchtend ist; und doch werden Diejenigen welche hierin Bescheid wissen, einräumen daß einem jeden Philologen der mit seinen Studien beim Rechte nur wenig verweilt hat, die Bücher von Gajus und der anderen Juristen aus guter Zeit für die Geschichte der römischen Literatur von ganz anderem Werthe sind, als die ungesalzene Latinität der Afrikaner, oder der Dunst der Sophisten und Redner, mit welchen sich heute so Viele abmühen."

In einem Punkt schlagen die kurfürstlichen Erlasse einen Ton an der unsere volle Sympathie erweckt; wir meinen die Betonung des wirklichen oder reellen Rechts. Ohne die Befassung mit ihm werden wir Philologen, Historiker, Antiquare sein, auch wenn wir uns bloß mit Recht befassen; um Jurist zu sein, muß man im geltenden Rechte wenigstens sein Domicil haben; man mag in ferne Zeiten und zu fremden Völkern auf Reisen gehen; man muß es aber mit dem animus revertendi thun. Allein ist geltendes Recht der Punkt auf dem Praxis und Theorie zusammentreffen, so ist es auch der Punkt auf dem sie auseinandergehen. Das wirkliche oder reelle Recht, allgemeiner das seiende, ist für die Praxis, d. i. die Rechtsanwendung, und für die Theorie dasselbe und doch nicht dasselbe. Als Praxis ist die Jurisprudenz Kunst, denn die Findung der Urtheile, die Fassung der Rechtsgeschäfte ist Kunst. Es ist eine Kunst und setzt lange Uebung voraus den Streitfall richtig zu fassen und unter den Brennpunkt des Rechtes zu bringen, Ziel und Folgen eines Geschäftes im Auge zu behalten und danach einzurichten. Ohne Kenntniß des Rechtes ist dieses Urtheilen und Caviren unmöglich, ohne Kenntniß des ganzen Rechtes ist es roh, gewissenlos, unsicher; umfassende Rechtskenntniß ist unentbehrliche Voraussetzung auch der Praxis. Allein die Rechtskenntniß steht hier nicht für sich, ist nur dienendes Glied in der Reihe von Vorbedingungen zur Lösung einer anderen und höheren Aufgabe: nämlich in der das seiende Recht, so wie es im Gedanken besteht, ins Leben zu übersetzen, im Streite der Nachbarn, der Staaten und Völker zu verwirklichen und die Sicherheit seines Bestandes zu vermitteln. Dieses Ziel vor Augen mochte man wiederum versucht sein die Juristen-Facultät auf nichts anderes als eine rasche und energische Bewältigung des seienden Rechtes als Vorstufe zur Praxis hinzuweisen und einzurichten. Anders steht die Sache wenn wir die Theorie ins Auge fassen. Während nämlich in der alten Welt, vorab in Rom, die Rechtskenntniß (cognitio juris) schlechthin jene dienende, der juristischen Kunst untergeordnete, Stellung eingenommen zu haben scheint, ist dieselbe in der neuen Welt, ausschlaggebend

Digitized by Google

vielleicht durch die Humanisten des 16. Jahrhunderts, hauptsächlich durch die französischen, zu einem Ding für sich, die Jurisprudenz ist neben der Praxis zur Theorie, die Kenntniß zur Wissenschaft, das Streben nach Kenntniß zu einem Verlangen nach Erkenntniß des Rechtes geworden. Einem solchen Studium gegenüber hat das Wirklichseiende einen anderen Sinn als für den Praktiker. Letzterem liegt alles daran daß das Rechtens sei wonach und was er urtheilt oder cavirt; ersteres dagegen möchte feststellen was das sei was sich als Recht vorfindet. Nach dem erstern Gesichtspunkte möchte man auf den Gedanken kommen ein compendium des usus modernus pandectarum zum *A* und *Ω* des civilistischen Lehrcurses zu machen; von dem Bedürfniß der Theorie aus kann etwas Anderes und Besseres als Einkehr bei den Quellen selbst unmöglich empfohlen werden. Nicht umsonst war man also beim Beginn dieses Jahrhunderts von dem Gedanken Kreittmayrs, als ob gewissermaßen er selbst anstatt der Quellen dienen könnte, wieder abgekommen. Anbei möchte ich übrigens nicht dahin verstanden werden als ob das Daß und das Wie getrennte oder trennbare Dinge und die darauf gerichteten Studien mehr als im Accent verschieden seien. Vielmehr muß ich mich nach wechselvollen Experimenten zu der Ansicht bekennen: daß nicht nur für den Praktiker, sondern auch für den Docenten und Hörer das Hauptgewicht auf das Daß zu legen und der weitern Ausholung des Was als einer Versuchung zu widerstehen sei. Allein auch das ist nicht zu verkennen daß die Tradition und Aneignung des Positiven um so mehr gelingen wird, je mehr sie von Theorie beseelt, je mehr sie von dem Bedürfniß geleitet ist die Rechtsdinge nach ihrem ganzen Gehalt und nach ihrem Zusammenhang untereinander und mit den übrigen Dingen zu erkennen.

Bei den Folgen welche die Abschaffung des codex civilis Maximilianeus für unsere Facultät einst gehabt hat, scheint es nun aber auch nicht außer der Zeit einen Blick auf das im Werden begriffene Reichscivilgesetzbuch zu werfen. Daß dasselbe gleich dem bayerischen Codex sofort mit seinem Erscheinen an die Stelle der Institutia und Pandekten treten werde, steht wohl nicht in Aussicht. Allein viel sicherer noch ist: daß das künftige Gesetzbuch erheblichen Einfluß auf die romanistischen Vorlesungen und auf die gesammte Jurisprudenz ausüben, sowie daß die Qualität dieses Einflusses von dem Inhalt und der Form des Gesetzbuches abhängen wird.

In dieser Richtung kann es uns nur lieb sein daß das künftige deutsche Civilgesetzbuch gleich dem alten bayerischen wesentlich nur das bisherige Recht codificiren und also weder den Juristen noch den Laien um seine alten Vorstellungen und Gedanken bringen will. Weniger dagegen würden wir es begrüßen wenn dasselbe, ebenso wie das bayerische, Schul- und Gesetzbuch zugleich sein wollte. Selbst auf die Gefahr hin den Schein des Gewerbsneides auf mich zu laden, muß ich wünschen daß es kein Schulbuch werden möge; ja mehr noch, wünschen daß es überhaupt kein Buch, sondern lediglich Gesetz werden, daß es, um vorderhand mit dem Bilde zu operiren, wo man mit dem Worte so schwer zum Ziele kommt, lieber von Stein, Erz, monumental, als büchern oder papieren sein möge. Es ist aber sehr zu fürchten daß wir um das Buch nicht herumkommen werden. Denn so gewiß es ist daß die Commission nur das geltende Recht codificiren will, so wenig wird aus ihren Mittheilungen ersichtlich daß sie nicht das gesammte Civilrecht codificiren will. Alle unsere

Digitized by Google

modernen Civilgesetzbücher haben sich dieses Ziel gesetzt; würde die Commission hievon abweichen wollen, so würde sie dieß wahrscheinlich ausgesprochen haben. Wird aber das gesammte Recht codificirt, dann bekommen wir ein Gesetzbuch. Um Mißverständnissen vorzubeugen, bin ich nicht der Meinung als ob nur dieser oder jener Zweig des Civilrechts, z. B. Obligationen oder Sachenrecht, codificirt werden sollte. Nein, meine Meinung geht auf einen mehr qualitativen als gegenständlichen Unterschied im Umfange des Rechtes. Alles Gesetz ist Recht, aber nicht alles was Recht ist, ist auch Gesetz; ein großer, ja der größere Theil des Rechtes ist und heißt Recht im engeren Sinne, bei den Römern jus, bei uns Juristenrecht, und ist dem Gesetz entgegengesetzt. Meine Meinung nun ist daß dieses Recht engeren Sinnes oder Juristenrecht am besten gar nicht, für alle Fälle aber wenigstens nicht so codificirt werden sollte als es wahrscheinlich codificirt werden wird, und daß die Gesetzgebung, indem sie das Recht engeren Sinnes mitaufnimmt, nothwendig zum Gesetzbuche wird, entweder zum Gesetzbuche mit einem Trennungszeichen zwischen dem Gesetz und dem Buche, wenn das jus in äußerer Trennung vom Gesetz erscheint, oder zum Gesetzbuch ohne Trennungszeichen, wenn Recht und Gesetz unter einander gemengt werden. Unser künftiger Codex wird zweifelsohne ein Gesetzbuch ohne Trennungszeichen, eine Vermischung von Recht und Gesetz werden; namentlich ein derartiges Gesetzbuch meine ich nicht im voraus begrüßen zu sollen: denn mir fehlt der Glaube daß ein solches für die Jurisprudenz von Vortheil sein werde, für die Jurisprudenz als Kunst, für die Jurisprudenz als Wissenschaft und Forschung.

Um diese Bedenklichkeit einigermaßen zu erklären und zu begründen, muß ich zunächst den Punkt zu bezeichnen suchen in welchem Gesetz und Recht auseinander gehen. Es liegt aber, dünkt mir, in der Potenz von welcher das eine und das andere ausgeht. Das Gesetz entspringt einer politischen, d. i. staatlichen Potenz, der Macht und Stärke die in der gemeindlichen und staatlichen Verbindung der Familien, Stämme und Völkerschaften ruht, ist darum ein Machtgebot, ein Befehl, Verbot oder eine Concession der Volksgesammtheit oder ihrer Repräsentanz. Das Recht dagegen entspringt einer lediglich geistigen Potenz, ist zu unterst nichts anderes als ein Urtheil, welches, wie jedes andere Urtheil, Verstand und Geschick (prudentiam) voraussetzt, seine Auctorität lediglich in sich selbst findet, in seiner Wahrheit und in seiner Stetigkeit, so denn auch von keiner äußeren, sondern einzig von einer geistigen Macht d. i. von der der Jurisprudenz, getragen ist — getragen sein soll...

Vielleicht daß mein Bedenken schon von hier aus Boden gewinnt: denn es sollte, meines Ermessens, einleuchten daß in der Region des Urtheils nichts befohlen, an die Stelle des Rechtes im engeren Sinn also nicht das Gesetz gesetzt werden dürfe. In jeder anderen Wissenschaft würde es als unerträglich betrachtet werden wenn irgendein Satz derselben von einer anderen Auctorität als von der der Wissenschaft selbst festgestellt, oder wenn er von irgendwoher befohlen werden wollte; nach meinem Ermessen hat aber auch die Rechtswissenschaft ihr eigenes, von keinem Befehl zu betretendes, also von der Gesetzgebung nicht zu bearbeitendes Gebiet. Je mehr die Gesetzgebung in das eigentlich juristische Gebiet hineinarbeitet, desto mehr wird sie einerseits hinter der ihr eigenen Aufgabe zurückbleiben, andrerseits die Jurisprudenz in Banden schlagen. Man darf sich nur nicht vorstellen daß das was wir juristisch nennen, Aufgabe

Digitized by Google

der Gesetzgebung sei. Diese besteht auch für das Privatrecht in der Aufstellung einer Lebensordnung nicht nach Regeln der Logik, sondern nach freiheitlichen, sittlichen, wirthschaftlichen Bedürfnissen und Zielen der Zeit, indessen das Juristische etwas wesentlich Logisches, und zwar eine Bestätigung der Logik auf Grund des gegebenen Gesetzes ist, mithin erst zu beginnen hat wenn die Aufgabe der Gesetzgebung erfüllt ist, also nicht während und in der Gesetzgebung sein Haupt erheben soll. Je mehr in einer Gesetzgebung der Jurist als Jurist sich vordrängt, destoweniger wird die Gesetzgebung ihre staatliche Aufgabe lösen, desto mehr dagegen der künftigen Jurisprudenz Terrain und Entwicklungsfähigkeit im voraus wegnehmen. Insofern das neuerdings aufgekommene Wort „Rechtsgesetzgebung" in der Vorstellung wurzelt, als ob die Gesetzgebung unter anderm das Recht engeren Sinnes oder das Juristenrecht zu ordnen, auszutragen oder darzustellen habe, dürfte es eine Verkehrtheit sein.

Darf ich mich darauf beschränken meine Meinung aus den Erscheinungen des römischen Rechtes zu erläutern, so war die Gesetzgebung von den XII Tafeln bis auf Augustus von der Jurisprudenz oder dem Juristenrecht scharf geschieden. Die XII Tafeln sind zwar ein allumfassendes Gesetz, ein *fons* omnis juris publici et privati, aber trotzdem so wenig selbst jus gewesen, daß eines der ältesten Bücher welche aus der Zeit nach den XII Tafeln genannt werden, die Tripertita des S. Aelius, nämlich, in seinem I. Theile die XII Tafelgesetze selbst, in einem zweiten das Jus gibt. Obwohl von der Schuljugend gelernt, nach Einigen sogar gesungen, sind sie nach den uns überlieferten Resten von einem Rechtscompendium so verschieden als die charta magna libertatum von England, als die Freibriefe unserer Städte und Corporationen oder weiland die Frankfurter Grundrechte; auf Feststellung und Begränzung der Privatautonomie scheint so ziemlich alles hinausgegangen zu sein was dem Privatrecht angehörte. Wenn sie z. B. das Testirrecht begründeten oder erweiterten, so geschah es etwa in Begünstigung individueller Freiheit oder hausväterlicher Machtvollkommenheit im Gegensatze zu den eigenen Erben (sui heredes) und den Verwandten, mit nichten aus juristisch-rechnerischen Gründen oder Folgerungen; von all den Sätzen die sich logisch oder analogisch auf andere Sätze zurückführen lassen, wie eine Reihe von Sätzen z. B. über die Testirfähigkeit, kommt in den XII Tafeln nichts vor. Die danach gefolgten leges und plebiscita sind sämmtlich Einzelgesetze, überdieß sämmtlich Ausnahmsgesetze oder doch nur Wiederholungen, Modificationen, Redactionen früherer Gesetze. Damit ist schon gesagt daß sie sich kein juristisches, d. h. die vorhandenen Gesetze anwendendes, ausführendes, generalisirendes, systematisirendes Ziel setzten, sondern umgekehrt dem geraden und darum oft schroffen Laufe des Rechtes im Interesse der gemeinen Wohlfahrt entgegentraten; diese ganze vierhundertjährige Legislation geräth meines Wissens nicht einmal aus dem Geleise derjenigen Functionen die dem Gesetz eigen und nur durch Gesetz möglich sind.

Wesentlich dasselbe was von den Volksbeschlüssen aus republicanischer Zeit, gilt auch von den Senatusconsulten der ersten Kaiserzeit. In der Form bloße Wohlmeinung, Erwägung, und insoweit juristisch, waren sie in der That gleichwohl Befehle, aus wohlfahrtspolizeilichen Gesichtspunkten erflossene Gesetze. und durchweg Einzel- und Ausnahmsgesetze wie die leges und plebiscita. Concessionen, wie sie kein Jurist geben und wie sie nur aus der Quelle magistratischer

Digitized by Google

Gewalt entspringen konnten, waren die prätorischen Edicte: sich concentrirend in der Eröffnung des Rechtswegs und seiner verschiedenen Pfade für die verschiedenen Fälle. Der Prätor verleiht Actionen für den Fall des Darlehens, Depositums, Commodats und hundert andere Fälle; allein er spielt nur den concedirenden Magistrat, nicht auch den respondirenden Juristen; ihm fällt nicht bei zu untersuchen, zu entscheiden, zu unterscheiden, wann überall ein Darlehen, wann Depositum oder Commodat da oder was alles darin enthalten sei. Das sind Dinge die der Magistrat, der populus, der Senat, wir wollen nicht sagen unter seiner Würde, aber außer seiner Aufgabe hält. Von allem was in Rom Gesetz ist und heißt, rührt nichts an den Begriff der Rechte, Rechtsgeschäfte, setzt alles ihn voraus; mit ihm befaßt sich ein ganz anderer Factor denn populus, Senat und Magistratur; ihn pflegten diejenigen welche dazu Neigung, Kenntniß, Erfahrung und Mittel hatten, und Rom war nicht arm an solchen Männern. Also die Begriffsseite des Rechts blieb bei der Jurisprudenz die publicistisch-freiheitliche, die social-praktische Sphäre desselben gehörte der Gesetzgebung. Erst Augustus ist Urheber einer Mésalliance zwischen Gesetzgebung und Jurisprudenz. Denn daß die Rescripte der Kaiser, welche wesentlich nichts als Responsen oder juristische Gutachten sind, Gesetzeskraft erhielten und also rechtliches Befinden, um deßwillen weil es von dem obersten Machthaber herrührte, zum Gesetze wurde, rührt ohne Zweifel von dem Manne her welcher nicht nur die Gewalten des Volks und der Magistratur in seiner Person concentrirte, sondern auch die Jurisprudenz zu einer Machtsache erhob, indem er aus der Fähigkeit zu respondiren ein jus respondendi machte, dieses an die Concessionirung durch den Princeps knüpfte und dann folgerecht seinen eigenen Responsen die höchste Autorität beilegte. Indessen bleiben doch die responsa prudentium auch neben den Rescripten der Kaiser Hauptquelle des Rechts im engeren Sinne; und mögen die Juristen, um bei Gericht eine Stimme zu finden, von nun an auch concessionirt sein müssen: ihre Thätigkeit selbst ist eine freie und findet nur auf einzelnen verhältnißmäßig wenigen Punkten eine Concurrenz in den kaiserlichen Rescripten die denn in ihren bemerkenswerthesten Erscheinungen öfter Ausnahmsrecht als bloße Rechtsanwendung enthalten.

Aber ich weiß was man einwenden wird und eben vom römischen Recht aus einwenden kann. Das Juristenrecht, wird man sagen, ist kein bloßes Befinden des einzelnen Juristen, sondern ein Werk der Uebereinstimmung ihrer aller oder der meisten. Als solches ist es denn auch kein bloßes Urtheil, keine bloße Wohlmeinung mehr, sondern eine den Richter gesetzesartig bindende Norm, gleich dem Gesetz ein Befehl an alle. Ohne die Form des Befehls hat das jus die Bedeutung des Befehls, ohne die Zuthat staatlicher Gewalt kommt es der Satzung staatlicher Gewalt gleich. Was ist verfehltes daran wenn die Gesetzgebung dasjenige was bereits Rechtens ist und schon die Kraft Gesetzes hat, nun auch äußerlich zu sich aufnimmt und mit der Form des Gesetzes ausstattet? Das deutsche Civilgesetzbuch will ja der Hauptsache nach nur geltendes, es sei nun gesetzliches oder Juristenrecht codificiren; hat denn nicht Justinian selbst das Juristenrecht codificirt, und wo wäre eure feste Burg, ihr Romanisten, wenn die Pandekten oder Digesten, d. i. das von Justinian codificirte classische Juristenrecht, nicht wäre?

Das ist ein gewiß erheblicher, scheinbar niederschlagender Einwand. Allein in aller Bescheidenheit und mit Rücksicht auf Ort und Zeit in aller Kürze will

Digitized by Google

ich mir nur die Bemerkung erlauben daß die Justinianische Gesetzgebung zwei Seiten hat, eine compilatorische und eine codificatorische; daß Justinian um der compilatorischen Seite, d. h. um der Thatsache willen daß er das bisherige Recht, insonderheit die classische Jurisprudenz gesammelt und zusammengestellt hat, über alles zu loben ist; daß man aber fragen darf: ob er gleich wohl daran gethan hat diese Jurisprudenz auch zu codificiren, d. h. zu interpoliren und zum Gesetz zu erheben? Denn fraglich und historischer Feststellung werth scheint uns selbst das: ob nicht die gesetzliche Entscheidung juristischer Streitfragen der Zeit gesunkener Jurisprudenz und schlechten Geschmacks angehöre? Aber angenommen, es sei das das Rechte und Beste gewesen, so bleibt immer noch fraglich ob unser künftiger Codex ein solches Juristenrecht und ob er es so in sich aufnehmen werde wie es das corpus juris gethan hat. Die Gesetzgebungscommission hat nach dem Was der künftigen Gesetzgebung auch deren Wie in Betracht gezogen; allein, nach dem was verlautet, weder in den Vorberathungen über das Was noch in denen über das Wie die Frage gestellt: ob zwischen Recht und Gesetz zu scheiden, ob und wie das Juristenrecht zu codificiren sei? Danach und angesichts des usus modernus legislationum ist es kein gewagtes Vermuthen wenn wir annehmen daß die Commission nicht sowohl die Justinianische als die nach-Justinianische byzantinische Codificationsweise der ἐκλογαί und προχείρα copiren, also Recht und Gesetz durch einander mengen, und von ersterem so viel oder so wenig einstreuen werde als es etwa der Grundsatz, das Allgemeine vor dem Besonderen und das Besondere nicht alles zu geben, mit sich bringen wird. Zu der Aufnahme des Juristenrechts in der Weise der Justinianischen Pandekten fehlt es auch an der nöthigen Vorarbeit. Unvergeßlich ist mir wie der um die Rechtspflege in Bayern hochverdiente Vater meines nächsten Collegen sich mit der Absicht trug eine Sammlung von Responsen und Quästionen aus den deutschen Praktikern zu veranstalten, und damit wahrscheinlich nur deßwegen nicht durchdrang weil von den Mitarbeitern noch mehrere den Intentionen des Urhebers so wenig entsprachen als es bei mir der Fall war. Derartige Vorarbeiten wären unerläßlich wenn ein Codex nach Art des Justinianischen hergestellt werden wollte; sie sind nicht nothwendig wenn in nach-Justinianisch byzantinischer Weise verfahren wird. Freilich dürften dann auch die Folgen byzantinische oder von der Art sein wie sie auch bei uns wären, wenn nicht gerade die deutsche Jurisprudenz ihr gemeines Recht gehabt und aus dessen Quellen ihre Nahrung gezogen, wenn in Deutschland längst allenthalben Gesetzbücher modernen Schlages mit Ausschließung des gemeinen Rechtes bestanden hätten, wie sie zuerst in Preußen, dann in Oesterreich und in Folge der französischen Occupation am Rhein Platz gegriffen haben. Oesterreich, nichts weniger als arm an juristischer Begabung, aber vom gemeinen Rechte nicht nur in foro, sondern auch in der Schule fast gänzlich geschieden, sah sich, zu derselben Zeit da seine medicinischen Studien den ersten Rang einnahmen, in den juristischen derart zurückgeblieben, daß es die letzteren im Sinne der gemeinrechtlichen restauriren zu müssen geglaubt hat. Die französische Jurisprudenz würde die Führerrolle vielleicht noch haben, wenn sie die Minen, in denen Cujacius und Donellus gruben, nicht verlassen und sich in den Code Civil eingesponnen hätte. Deutschland würde die Führerrolle wahrscheinlich nicht haben, wenn nicht gerade in ihm noch eine freie Stätte für gemeines Recht in Praxis und Theorie übrig geblieben wäre. In Italien,

Digitized by Google

Frankreich und Spanien sucht man das Studium gemeinrechtlicher Quellen wieder zu beleben, in England neuerdings in Angriff zu nehmen; ob wir demselben durch unseren Civilcodex mehr vor- als entgegenarbeiten, ist zu bezweifeln. Das Studium der römischen wie der deutschen Rechtsquellen wird zwar fortdauern und wohl auch an unseren Universitäten von außen nicht eingeengt werden; aber ob es nicht von innen abnehmen werde wenn wir das echte, geltende Recht doch nur in dem neuen Gesetzbuche zu suchen haben werden, und dieses denn auch je länger desto mehr gegen das Originalrecht der alten Quellen abstehen wird, scheint wenigstens ungewiß zu sein. Denn keine Jurisprudenz mag in die Länge oder in größerem Umfange sich mit anderem als geltendem Rechte befassen. Je mehr wir uns aber von unseren Originalquellen abwenden und auf deren Abfassung in einem Gesetzbuch moderner Art zurückziehen, desto enger muß unser Horizont, desto ephemerer das Object unserer Kenntniß und Erkenntniß werden. Viel tröstlicher als daß die neue Gesetzgebung nur geltendes Recht geben will, wäre mir gewesen wenn sie Recht gar keines, Gesetz aber meinetwegen vieles und einschneidendes geben wollte.

Nach all dem möchte ich der Vorcommission nicht widersprechen wenn sie am 15 April 1874 unter anderem erklärte: „daß Inhalt und Form des künftigen deutschen bürgerlichen Gesetzbuches mindestens auf Menschenalter geradezu das Niveau der deutschen Rechtswissenschaft und Rechtsübung bestimmen werden;" wenn sie dagegen weiterhin glaubt daß „Gediegenheit desselben nach Inhalt und Form" das Mittel sei um „die Wissenschaft in höherem Grad als bisher dem Ausbau und der Ergründung des bestehenden Rechtes zuzuführen," so kann ich nicht anders als zweifeln. Nicht Gediegenheit nach Inhalt und Form, sondern Beschränkung im Inhalt, meine ich, sei das Mittel welches die Wissenschaft, ich will nicht sagen fördern, aber nicht aufhalten und zurückschlagen wird. Nach meinem bescheidenen Ermessen dürfte das künftige Gesetz unzutreffend, zeitwidrig, ja verkehrt sein: die Wissenschaft würde darunter nicht leiden, vorausgesetzt nur daß das Gesetz innerhalb seiner Aufgabe bliebe; umgekehrt dürfte das Gesetz ein wahres Kunst- und Meisterstück sein: die Jurisprudenz wird darunter leiden und zurückbleiben, wenn es ein juristisches, kein gesetzgeberisches Werk, wenn es ein Buch, ein Rechtscompendium, ein zum Gesetz erhobener Puchta sein wird, was es — schon nach der Berufung auf Gediegenheit nach Inhalt und Form zu schließen — auch allen Ernstes zu sein bestrebt ist. An Gediegenheit nach Inhalt und Form ließ Puchta nichts zu wünschen übrig; aber möchten wir ihn auch nach der elften verbesserten Auflage zum Gesetz erhoben haben, oder darf man annehmen daß eine Commission oder gesetzgebende Versammlung juristisch wahrer und besser denken wird als ein Einzelner? Auch Bornemann, der große Jurist des preußischen Landrechts, spricht vor 20 Jahren in seinen Betrachtungen über eine künftige deutsche Gesetzgebung von Form und Inhalt derselben; er aber begehrt von ihnen nur das Eine daß sie „die Fortbildung des Rechtes durch die Rechtsanwendung und die Rechtswissenschaft nicht hemmen" möchten.

Im Gegensatze zum Rectoratsantritt habe ich dießmal einen mir, und der Facultät der ich anzugehören stolz bin, sachlich zustehenden Gegenstand besprechen zu dürfen geglaubt. Findet das nicht Ihren Beifall, so verdient es vielleicht Ihre Entschuldigung; wenigstens schützt es mich gegen den Vorwurf

Digitized by Google

der Ueberhebung oder Anmaßung. Schwerer, fürchte ich, wird mir Ihre Zustimmung dafür zutheil daß ich am Stiftungstag ein mehr merkwürdiges als erfreuliches Ereigniß aus der Universitätsgeschichte herausgegriffen und in weiterer Folge einen Gegenstand allgemein froher Erwartung in ungünstig deutender Weise besprochen habe. Allein näher betrachtet, hat doch auch jenes Ereigniß aus unserer Facultätsgeschichte etwas Erfreuliches, indem an ihm aufs Neue klar wurde daß exoterische, der angestammten Anlage unserer Universitäten widersprechende Maßregeln in die Länge nicht von Bestand sind. Was aber den in Aussicht stehenden erweiterten Codex juris patrii anbelangt, so könnte an meinen Bedenken, trotzdem daß sie von sehr Wenigen getheilt zu werden scheinen, doch etwas Wahres sein, und also, wenn nicht zur Freude, so doch im Interesse der Universität gesprochen sein. Diesem sind wir jedenfalls mit unserem besten Wissen und Willen und mit Liebe zugethan. Dankbar gedenken wir stets, besonders aber an diesem Tage, des edlen Fürsten der das Reis unserer Hochschule in den Boden von Ingolstadt gepflanzt hat; vertrauensvoll blicken wir auf zu dem Regenten unter dessen Schutz und Schirm sie heute steht, und zu seiner erleuchteten, der Wissenschaft und dem Unterricht werkthätig zugewandten Regierung. Innig wünschen wir darum auch daß der Stand unserer Ludovico-Maximilianea sie befriedigen, und daß namentlich auch die Chronik dieses Jahres, zu der ich nun übergehe, sie in ihrer Zuversicht bestärken möge.

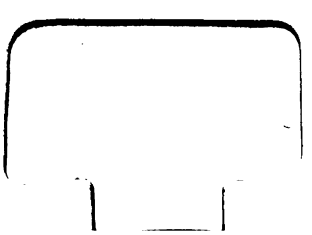
Ex. H. b. 8.
2/25/04.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google